La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley lel Procedimiento Administrativo General

(En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas)

Víctor Sebastian Baca Oneto*

En el Derecho, la figura de la prescripción tiene como principal finalidad impedir que exista incertidumbre en las relaciones jurídicas dentro de un plazo establecido, con el fin de hacer respetar la seguridad jurídica. Sin embargo, en el Derecho Disciplinario, cuando se comete una infracción y la Administración tenga que aplicar una sanción, la prescripción posee un tratamiento especial una especial importancia y relieve cuando de tratan de infracciones o sanciones

En ese sentido, a través de las presentes líneas, el Dr. Baca desarrolla un análisis ilustrativo de la prescripción de las infracciones en la Ley del Procedimiento Administrativo General, para lo cual comienza por analizar el marco normativo penal, civil, administrativo y disciplinario de la prescripción y en comparación, examina la figura de la caducidad en el Derecho Administrativo. Finalmente, realiza una explicación de la clasificación de las infracciones, dando un especial desarrollo explicativo a las infracciones continuadas

I. A Modo de Presentación

Al momento de aplicar las normas sancionadoras, uno de los problemas que con más frecuencia surge es el análisis de la prescripción de la infracción, tema éste regulado en el art. 233 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento administrativo general (LPAG), modificado por el Decreto Legislativo N° 1029, pues de esto depende que sea posible imponer un castigo pese al tiempo transcurrido desde que se realizó la conducta. Se trata, por tanto, de un asunto que requiere ser aclarado, especialmente porque nuestra regulación no ha contemplado expresamente la figura de la caducidad del procedimiento sancionador, de modo que las normas sobre la prescripción son la única defensa (formalmente reconocida) que tiene el administrado frente a la Administración por el no ejercicio oportuno de la potestad sancionadora. Sin embargo, en tanto el término inicial del plazo prescriptorio será el momento en que la infracción se hubiere consumado, es inescindible al estudio de la prescripción el análisis de la clasificación de las infracciones, tema al que dedicamos la segunda parte de este trabajo, con especial énfasis a las infracciones permanentes y las continuadas, para buscar interpretar lo dispuesto por el art. 230.7 LPAG, que seguramente debe ser una de las normas más complejas de nuestra regulación administrativa.

II. La Prescripción de la Infracción (y de la Sanción) frente a la Caducidad del Procedimiento. Regulación en el Derecho Administrativo Peruano

2.1. El Marco Normativo

A. La Regulación en el Código Civil

De acuerdo a nuestro Código Civil, la prescripción extingue las acciones, mientras que la caducidad extingue los derechos. En tanto la prescripción no extingue el derecho, debe ser alegada por quien pretende beneficiarse de ella, y no puede ser declarada de oficio. La caducidad, por su parte, puede ser declarada de oficio. Además, los plazos prescriptorios admiten suspensión o interrupción, a diferencia de los plazos de caducidad, que no se interrumpen o suspenden, salvo mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

B. La Regulación en el Código Penal

Por su parte, el Código Penal regula tanto la prescripción de los delitos como la prescripción de las penas impuestas. En el caso de la primera, la norma distingue entre los delitos castigados con pena de cárcel y los que se castigan con otras penas. Para estos últimos, el párrafo 4 del art. 80 del Código Penal establece que la acción prescribe a los dos años de cometido el delito,

* Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor ordinario de Derecho administrativo en la Universidad de Piura, donde también es Director del Programa Académico de Derecho en Campus Lima y Director del programa de Maestría en Derecho. Profesor contratado de Derecho administrativo 1 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Comisión de Defensa del Consumidor Nº 2 de la Sede Central del INDECOPI. Jefe del área de Derecho administrativo del Estudio Ferrero Abogados.

o desde que cesó (art. 82 del Código Penal). En el caso de los delitos que ameritan una pena de cárcel, la regla es que la acción prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito. Estos plazos prescriptorios se interrumpen por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, y empezando a correr un nuevo plazo a partir de la última diligencia (art. 83 del Código Penal). Las faltas prescriben en el plazo de un año, salvo en los casos de reincidencia, en que este plazo se duplica (art. 440). No obstante, pese al reinicio desde cero de la acción penal cuando se ha producido la interrupción, el Código Penal establece un plazo máximo de prescripción (incluyendo las posibles interrupciones, se entiende), si el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción (tercer párrafo del art. 83). Una innovación del Código Penal es lo dispuesto en el art. 91, que permite la renuncia a la prescripción de la acción penal, en caso el procesado quiera ser juzgado, convencido de su inocencia.

Respecto a la prescripción de las penas, el art. 86 del Código Penal establece que es el mismo que se fija para la prescripción de la acción, y se empieza a contar desde que la sentencia condenatoria queda firme. Se trata de un plazo que puede interrumpirse por el comienzo de ejecución de la pena o porque el condenado sea aprehendido por la comisión de un nuevo delito doloso. Como corresponde a la interrupción de un plazo de prescripción, una vez producida ésta y si hay lugar a ello, el plazo volverá a correr de nuevo desde el principio. Sin embargo, de acuerdo al último párrafo del art. 87 del Código, "la pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal".

C. La Regulación en la Ley del Procedimiento Administrativo General

La Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ha establecido una regulación general de la prescripción de las infracciones. Así, si una norma con rango de ley no establece algo distinto, la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe a los cuatro años. La redacción original de dicha norma, inspirada en la Ley 30/1992 española, establecía que dicho plazo se interrumpía con la iniciación del procedimiento sancionador, y se reanudaba si el expediente se mantenía un mes paralizado por causa no imputable al administrado.

El Decreto Legislativo N° 1029 modificó esta redacción, estableciendo que la prescripción se suspende con la notificación del inicio del procedimiento sancionador, aunque se reanuda si el procedimiento queda paralizado por más de 25 días, por causa no imputable al administrado. Por último, la norma no establece claramente si la prescripción opera de oficio o únicamente a instancia de parte, aunque establece que los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y en ese caso la Administración debe declararla y disponer el inicio de las acciones disciplinarias correspondientes (de lo que no se desprende necesariamente que únicamente puede declararse cuando ha sido alegada como medio de defensa).

La posibilidad de "suspender" un plazo de prescripción sería contraria a la forma en que esta institución se viene entendiendo en el Derecho Administrativo, donde justamente se la distingue de la caducidad en que ésta admite la suspensión y la prescripción únicamente la interrupción[1] . Siendo verdad esta afirmación, no debe olvidarse que nuestro Código Civil expresamente admite la posible suspensión de los plazos de prescripción, lo que hace comprensible la regulación administrativa, debido a lo difuso de la diferencia entre estas dos categorías, que algunos autores llegan a considerar intercambiables. No obstante, sí se admite con normalidad que únicamente los plazos de prescripción admiten «interrupciones», lo que constituye su principal diferencia práctica con la caducidad[2].

No existe una regulación de la prescripción de las sanciones, aunque, en tanto las sanciones se imponen mediante actos ejecutorios (es decir, susceptibles de ejecución forzosa, que pueden ser ejecutados por la Administración sin acudir al Poder judicial), podría ser aplicable lo dispuesto por el art. 193.1.2 LPAG, que regula la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, cuando transcurridos cinco años desde que adquirió firmeza, la Administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos.

D. La Regulación en el Derecho Disciplinario

Por su parte, no existe una regulación general de la prescripción en el ámbito disciplinario, como tampoco existe una regulación general de las infracciones y procedimientos disciplinarios en Derecho peruano. Así, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, establece que "El proceso administrativo disciplinario deberá iniciarse en el plazo no mayor de un (1) año contado a partir del momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria, bajo responsabilidad de la citada autoridad. En caso contrario se declarará prescrita la acción sin perjuicio del proceso civil o penal a que hubiere lugar" .

Por su parte, según el art. 17 del D.S. Nº 033-2005-PCM, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública, "el plazo de prescripción de la acción para el inicio del procedimiento administrativo disciplinario es de tres (3) años contados desde la fecha en que la Comisión Permanente o Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios toma conocimiento de la comisión de la infracción, salvo que se trate de infracciones continuadas, en cuyo caso el plazo de prescripción se contabilizará a partir de la fecha en que se cometió la

1 ZEGARRA VALDIVIA, D., "La figura de la prescripción en el ámbito sancionador y su regulación en la Ley 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General", en R*evista de Derecho administrativo (Círculo de Derecho administrativo)* Nº 9, año 5, 2010, p. 212.

2 Sobre el carácter intercambiable de estas técnicas y su diferencia a partir de la posible interrupción de la prescripción, véase CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp. 75 y ss.; y, del mismo autor, "Procedimiento sancionador: caducidad", en *Diccionario de sanciones administrativas*, Dir. LOZANO CUTANDA, B., Iustel, Madrid, 2010, pp. 800 y 801.

última infracción, sin perjuicio del proceso civil o penal a que hubiere lugar”[3].

De acuerdo a estas disposiciones, el plazo de prescripción (que sería de 1 o de 3 años, dependiendo de la norma aplicable) no empieza a contarse desde que se cometió la infracción, sino desde que ésta es conocida por la Administración, lo que es una excepción a lo dispuesto en el ámbito sancionador general (en donde la prescripción se cuenta desde que se comete la infracción o desde que ésta cesa, más allá de la discusión teórica de si existen excepciones a esta regla cuando se trata de infracciones que se han ocultado). Es evidente que esta regulación no permite al infractor saber cuánto tiempo puede ser perseguida su conducta, al no existir muchas veces constancia de la fecha en que la Administración conoció de la infracción (más allá de los casos de denuncia de parte). En este sentido, suscribo plenamente la afirmación de que “fijar como fecha inicial de la prescripción aquélla en la que la Administración tome conocimiento de la infracción administrativa, supone desnaturalizar el instituto y conduce a la práctica imprescriptibilidad de las infracciones”[4].

Por otro lado, no queda claro tampoco cuándo se interrumpe dicha prescripción, pues se hace una referencia genérica al momento en que el procedimiento se inicia, a diferencia de lo que se establece en la LPAG y defiende la doctrina, según la cual dicho plazo debe interrumpirse con la notificación de la imputación de cargos, por ser ésta la única fecha verificable.

2.2. La Prescripción y la Caducidad en el Derecho Administrativo

A. La Prescripción de la Infracción y la Caducidad del Procedimiento: La No Regulación General de esta Última

Como ha indicado la doctrina, únicamente se puede hablar de prescripción de la infracción en sentido figurado, porque ésta no se extingue, sino que lo hace la responsabilidad del administrado por la falta cometida[5], junto a la acción de la Administración para perseguirla[6]. Se trata de una limitación al ejercicio tardío del *ius puniendi*, que tiene un doble fundamento: desde la perspectiva del administrado, en la seguridad jurídica, la cual exige que la amenaza de sanción tenga un término final; y, desde la perspectiva de la Administración, en la eficacia de su actuación, que le exige dedicar su atención a las infracciones actuales y no tanto a las pasadas, para optimizar sus recursos[7]. La prescripción en el ámbito sancionador se da por la constatación objetiva del plazo, y no tiene como fundamento una supuesta voluntad de la Administración de no sancionar, ni tampoco busca castigar su inacción. Por ello se empieza a contar desde el momento mismo en que se cometió la infracción, y no desde que ésta es conocida por la Administración o desde que puede ser sancionada.

En Derecho Administrativo Sancionador (y así ocurre también en Derecho Penal), el plazo prescriptorio se inicia desde el momento en que la infracción se comete, o desde que cesa, si es permanente o continuada, y no se interrumpe hasta que se le comunica al administrado el inicio del procedimiento sancionador. Si bien a nivel doctrinal se ha discutido si es posible iniciar en algunos casos la cuenta del plazo de prescripción desde que la infracción es conocida, sólo se admitiría (incluso a nivel teórico) en los casos en que el autor deliberadamente realiza una actuación positiva de ocultación[8], y no es aceptada por todos los autores ni tampoco tiene reconocimiento normativo.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho privado, se entiende que la prescripción es de orden público, en tanto impide el ejercicio de una potestad administrativa, y debe declararse de oficio[9]. Es más, una sanción impuesta por una infracción prescrita sería nula, lo que en otros ordenamientos, como el español significa que esta invalidez puede ser alegada sin límite temporal (lo mismo sucedería en Francia o en el derecho comunitario, a través de la figura de la inexistencia)[10]. Finalmente, la doctrina comparada suele entender que se trata de una categoría material, por lo que cualquier cambio en las reglas de prescripción que sea más favorable para el infractor le sería aplicable en aplicación de la retroactividad benigna de las normas sancionadoras (lo que no sucedería si se tratara de reglas meramente procesales)[11].

Distinta de la figura de la Prescripción es la Caducidad, que a su vez tiene distintos supuestos: la caducidad carga (plazos cortos para ejercer un derecho en beneficio

3 Esta norma fue precisada por el Art. 1 del Decreto Supremo Nº 027-2003-PCM, según el cual, en los casos de transferencia de las competencias para conocer del procedimiento disciplinario, dicho plazo se suspendería, siempre que se encuentre en la etapa anterior a la emisión de la Resolución que lo instaura, desde el momento en que la autoridad que trasfiere la competencia la pierde, hasta el momento en que la nueva autoridad recibe la documentación relativa a la comisión de la falta disciplinaria sobre la cual asume competencia.

4 DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2009, p. 73, con referencias bibliográficas en el mismo sentido.

5 CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad…, cit.*, pp. 413 y ss.

6 DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Prescripción y caducidad…, cit.,* pp. 30 y ss.

7 CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad…, cit.,* p. 74; y, del mismo autor, “Prescripción de infracciones y sanciones”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Dir. LOZANO CUTANDA, B., Iustel, Madrid, 2010, pp. 641 y 642. Agrega en este trabajo como fundamento de la prescripción el principio de proporcionalidad, en tanto “resulta desproporcionado perseguir una infracción o exigir una sanción más allá de un plazo razonable”. Por ello, sostiene, el plazo de prescripción tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se persigue (lo que en Perú, como veremos más adelante, no se tomado en cuenta).

8 CABALLERO SÁNCHEZ, R., “Prescripción de infracciones y sanciones”, cit., pp. 649 y 650.

9 CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad…, cit.*, pp. 443 y ss. Es más, según DE DIEGO DÍAZ (*Prescripción y caducidad…, cit.*, p. 43), puede apreciarse de oficio en sede judicial y plantearse recién entonces por el administrado, sin que quepa alegar que la prescripción no fue opuesta en la vía administrativa previa.

10 Por su claridad, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo Español (en adelante STSE) de 5 de diciembre de 1988 (Repertorio Aranzadi 9320), según la cual “La apreciación efectuada por la sentencia de instancia no se refiere a la prescripción adquisitiva o extintiva de acciones o derechos, lo que pudiere entrar en el poder dispositivo de las partes, según la doctrina civil, sino de una condición objetiva necesaria para que se ejerza el poder sancionador de la Administración obligatoria para ésta e irrenunciable para el infractor […] el transcurso del plazo señalado por la ley sin que se impongan la sanción, determina la imposibilidad legal de efectuarlo y, si se ha hecho, se produce la nulidad radical de la sanción impuesta”. En este sentido, DE DIEGO DÍAZ, L. A., *Prescripción y caducidad…, cit.*, p. 35; y PALMA DEL TESO, A., “Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción”, en REDA 112, 2001, p. 554.

11 En este sentido, véase por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 639 y ss.

propio, como sería el caso de los plazos de recurso o los plazos para presentar determinadas solicitudes); la caducidad sanción (cuando se extingue un derecho por su no ejercicio[12]); y la caducidad perención, por la cual se extinguen los procedimientos por inactividad, ya sea del administrado en los procedimientos iniciados a pedido de parte (supuesto regulado en el art. 191 LPAG) como de la Administración en los procedimientos iniciados de oficio, como es el caso de los procedimientos sancionadores. Esta última no ha sido regulada en el derecho peruano, pese a que sí lo está en el derecho positivo español, donde la jurisprudencia la reclamaba incluso antes de su reconocimiento normativo[13].

Como se reconoce, el plazo para que comience a correr la caducidad empieza desde el momento mismo en que se incoa el procedimiento sancionador, y no desde que se comunica al administrado el inicio de éste[14]. En el caso de la caducidad perención en el procedimiento sancionador, aquella opera como un plazo máximo de duración de éste (salvo los supuestos de suspensión, como la iniciación de un proceso penal por los mismos hechos), pasado el cual se extingue, y debe entenderse como nunca iniciado, sin perjuicio de la facultad administrativa de iniciar uno nuevo si la infracción no ha prescrito. Al respecto, a efectos de la contabilización del plazo prescriptorio, la caducidad del procedimiento (al igual que la nulidad del acto de imputación o de su notificación) implica que éste se cuenta desde que se cometió la infracción, como si el procedimiento nunca se hubiera iniciado ni, por ende, interrumpido o suspendido su avance. Así, por ejemplo, si pasado un año de la comisión de la infracción se inicia un procedimiento sancionador, y vence el plazo máximo de duración de éste (en España, seis meses) sin una resolución definitiva (no necesariamente firme) de la Administración, el procedimiento caduca y, en consecuencia, debe entenderse que ha transcurrido un año y seis meses del plazo prescriptorio (como si el procedimiento nunca hubiera existido).

No obstante, esta figura no ha sido reconocida expresamente en nuestra LPAG[15], donde podría ser muy necesaria, aunque recientemente una sentencia del Tribunal Constitucional en materia penal podría dar paso a su introducción jurisdiccional. Se trata del caso de General Chacón (Exp. Nº. 3509-2009-PHC/TC), donde se ha reconocido que "la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona".

Pese a que se ha sostenido la opinión contraria[16], el plazo establecido en el art. 233.2 LPAG (25 días de inactividad administrativa), no es propiamente un plazo de caducidad (al menos no de caducidad perención), pues no se trata del plazo para terminar el procedimiento administrativo, pasado el cual se entiende que éste debe iniciarse nuevamente. Se trata de una norma equivalente al art. 132.2 de la Ley 30/1992 española, que establece el reinicio (allí sí desde el principio) del plazo prescriptorio por inactividad administrativa, pero que permite seguir con el mismo procedimiento ya iniciado, al menos mientras no prescriba la infracción (o, en España, mientras no caduque el procedimiento, lo que ocurrirá a los seis meses de iniciado, salvo que exista una causa de suspensión).

"(...) el plazo establecido en el art. 233.2 LPAG (25 días de inactividad administrativa), no es propiamente un plazo de caducidad (...) pues no se trata del plazo para terminar el procedimiento administrativo, pasado el cual se entiende que éste debe iniciarse nuevamente."

Por último, es preciso indicar que en otros casos también puede producirse la caducidad en el procedimiento sancionador. Un caso previsto en el Derecho comparado es el indicado en el art. 6 del Real Decreto 1398/1993, Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. En esta norma española se establece que las actuaciones se archivarán si transcurren dos meses desde que se inicia el procedimiento sin haberse practicado la notificación de la imputación. Además, también existe la llamada «caducidad de la acción sancionadora», en donde existe un plazo para iniciar el procedimiento, contado desde el momento en que la Administración conoce la infracción y, por tanto, puede sancionarla[17]. No se trata de una alternativa regulatoria a la prescripción de la infracción, que sigue estando regulada (como lo exige el principio de seguridad jurídica), sino de una garantía adicional para el administrado, que no puede ser castigado más que después de un plazo de conocida su infracción. Finalmente, también existen plazos de caducidad cuando el legislador establece un periodo máximo para iniciar un procedimiento sancionador luego de la actividad de inspección, cuando ésta tiene valor interruptor de la prescripción[18].

12 Se usa esta figura también cuando el derecho se extingue debido a que no se cumplen con las condiciones establecidas, aunque en este caso es discutible que estemos realmente ante un supuesto de caducidad, porque el tiempo no es la razón fundamental de la extinción del derecho.
13 STSE de 18 de noviembre de 1986, Repertorio Aranzadi 1987/898; STSE de 19 de abril de 1979, Repertorio Aranzadi 1979/1585.
14 ZEGARRA VALDIVIA, D., "La figura de la prescripción…", cit., p. 211.
15 Por el contrario, el art. 140.3 LPAG establece que "el vencimiento del plazo para cumplir un acto a cargo de la Administración, no exime de sus obligaciones establecidas atendiendo al orden público. La actuación administrativa fuera de término no queda afecta de nulidad, salvo que la ley expresamente así lo disponga por la naturaleza perentoria del plazo".
16 ZEGARRA VALDIVIA, D., "La figura de la prescripción…", cit., p. 211 y p. 213.
17 CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad…, cit.*, p. 446.
18 CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Procedimiento sancionador: caducidad", cit., p. 801.

B. El Carácter Suspensivo del Inicio del Procedimiento Sancionador. La Necesidad de buscar una Interpretación propia del Derecho Peruano, que No puede Basarse en lo Establecido en otros OrdenamientosJurídicos

Como ya se indicó, la redacción original de la LPAG decía que el inicio del procedimiento administrativo sancionador *interrumpía* el plazo de prescripción, y que éste se reanudaba si el expediente se mantenía paralizado por causa no imputable al administrado. Esta regulación era reflejo de la española, donde la doctrina y la jurisprudencia entienden, salvo contadas excepciones[19], que dicha interrupción implica que el plazo vuelve a contarse desde el principio, y se asemeja a lo dispuesto por el Derecho Penal. Es decir, si antes del vencimiento del plazo de prescripción de la infracción se inicia un procedimiento sancionador, aquél se interrumpe y vuelve a cero. Si el procedimiento sancionador se paraliza por alguna razón durante un mes, se vuelve a empezar a contar el plazo prescriptorio, no sumándose los plazos previos, y se declarará la prescripción de la infracción si en el plazo establecido para ésta no hay una resolución definitiva. Además, este plazo puede interrumpirse numerosas veces en un solo procedimiento, cada vez que desaparezca la inactividad administrativa. No está claro, sin embargo, cuándo entender que se ha producido dicha inactividad, pues mientras algunos autores entienden que ésta se verificará cuando se vence el plazo sin actos externos (notificados)[20], otros ven difícil asumir esta posición, pues la Administración no trabaja a tal velocidad[21].

Sin embargo, este no es el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, y, además, es razonable que no lo sea, porque no se dan las condiciones que hacen funcionar esta regulación en España[22] o en el Derecho Penal. En primer lugar, entender que la prescripción vuelve a contarse desde cero cuando el procedimiento se ha paralizado por la inactividad administrativa sólo puede tener sentido cuando los plazos prescriptorios son más bien cortos o al menos diferenciados, como sucede en el Derecho español (6 meses para las infracciones leves, dos años para las graves y tres para las muy graves). En Perú, salvo que una ley diga lo contrario, el plazo es de cuatro años para todas las infracciones, lo que es un plazo muy largo. Por otro lado, en España la regulación paralela de la caducidad del procedimiento hace que si éste no ha terminado en el plazo máximo, la "reanudación" del plazo prescriptorio desde cero quede superada, y se entienda los plazos se cuenten desde el principio, lo que finalmente impide que los procedimientos sean eternos y el administrado tenga permanentemente sobre su cabeza la espada de Damocles de una posible sanción, lo que sí sería posible en Perú.

Para comprender bien estas afirmaciones es preciso poner un ejemplo. Un interesado comete una infracción el 1 de enero del 2011, sometida a un plazo prescriptorio de dos años. Un año y seis meses después, el 1 de julio del 2012, se le notifica el inicio del procedimiento administrativo sancionador, lo que interrumpe la prescripción. A partir de entonces, pasa más de un mes de inactividad administrativa, por lo que se reinicia, desde cero, el plazo prescriptorio (dos años más, contados desde el 1 de agosto de 2012). Sin embargo, si luego de seis meses de iniciado el procedimiento no existe un acto definitivo, aquél caduca, por lo que se entiende que nunca existió. Por tanto, sumando los seis meses que han pasado desde que se inició el procedimiento al año y medio previo, la infracción ya habría prescrito y no podría ser sancionada.

Al no estar regulada la caducidad del procedimiento, nada de esto sucede en el Derecho Administrativo peruano, de modo que un procedimiento en marcha podría convertir en imprescriptible una infracción, lo que ni siquiera sucede en el Derecho Penal, donde los delitos prescriben en todo caso en un plazo equivalente a una vez y media la pena máxima que podría imponerse (art. 83, párrafo 4 del Código Penal)[23]. En consecuencia, frente a dicha perspectiva, tiene pleno sentido que se haya regulado la suspensión de la prescripción, que suma los plazos transcurridos previamente, antes del paréntesis que significaría el procedimiento, desde que se notifica su inicio hasta que la inactividad administrativa exija la reanudación del plazo de prescripción.

¿Qué sucede al fin del periodo de la inactividad administrativa? ¿Se interrumpe nuevamente el plazo prescriptorio, que se había reanudado? Como hemos visto, así se ha interpretado la norma española, pero esto tiene sentido en tanto el procedimiento tiene un límite de duración, pasado el cual caduca. También es la regla en Derecho Penal, donde desde la última diligencia se reinicia el plazo de prescripción y se interrumpe cada vez por las actuaciones del Ministerio Público, pero siempre con el límite que implica no poder sobrepasar en una mitad el plazo ordinario de prescripción. A falta de estas instituciones, debe interpretarse literalmente lo dispuesto por el art. 233.2 LPAG, de acuerdo al cual el cómputo del plazo de prescripción *sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación de los hechos imputados*. Es decir, sólo se suspende una vez el procedimiento sancionador, de modo que las posibles actuaciones de la Administración, que pongan fin a su inactividad, no implican la apertura de nuevos paréntesis, que puedan alargar indefinidamente el procedimiento sancionador.

No obstante, pese a todos estos intentos por establecer reglas claras sobre los plazos de prescripción, cumpliendo las exigencias del principio de seguridad jurídica y que permitan determinar el momento en que

19 PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo I*, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 500.
20 DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Prescripción y caducidad…, cit.*, p. 169
21 CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad…, cit.*, p. 436
22 En contra, ZEGARRA VALDIVIA, D., "La figura de la prescripción…", cit., p. 212; para quien la reanudación de la prescripción regulada en la LPAG implica que ésta se vuelve a contar desde cero.
23 Similar a la penal es la regulación del Derecho comunitario europeo, donde los plazos de prescripción se pueden interrumpir, pero las infracciones prescriben en todo caso al llegarse al tope máximo del doble del plazo de prescripción previsto (CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Prescripción de infracciones y sanciones", cit., p. 651).

una conducta ya no puede ser sancionada, lo cierto es que en Perú sería hipotéticamente posible sancionar una infracción muchísimos años después de cometida, simplemente iniciando a tiempo el procedimiento y no dejando que se reanude el plazo prescriptorio debido a la inactividad administrativa. Es decir, si por lo menos una vez cada veinticinco días la Administración envía alguna notificación al administrado sobre su procedimiento, éste puede estar abierto permanentemente, en lo que constituye una violación flagrante del principio de seguridad jurídica.

"(...) entender que la prescripción vuelve a contarse desde cero cuando el procedimiento se ha paralizado por la inactividad administrativa sólo puede tener sentido cuando los plazos prescriptorios son más bien cortos o al menos diferenciados (...)"

Por último, es preciso hacer una última precisión sobre el ámbito en que actúan estos plazos prescriptorios y de caducidad, pues algún autor ha defendido que se aplican también en los procedimientos de recurso[24]. No obstante, la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia comparada no admiten este criterio, que ha sido negado por el Tribunal Supremo español (STSE de 15 de diciembre de 2004, Repertorio Aranzadi 2005/4800). Por tanto, una vez sancionada en primera instancia la conducta infractora, si el administrado impugna la decisión, la demora de la Administración en responderle no reiniciaría o reanudará el plazo prescriptorio de la infracción, sino que, simplemente, lo habilitará para entender que se ha producido un silencio negativo, como lo establece la LPAG[25].

III. La Clasificación de las Infracciones en Derecho Administrativo Peruano y el Art. 230.7 LPAG

3.1. La Clasificación de las Infracciones

El Derecho Administrativo Sancionador es una expresión del *ius puniendi* único del Estado, por lo que es posible acudir a otras ramas donde aquél se muestra para complementar las normas administrativas. En este sentido, si bien el Derecho Administrativo Positivo no ha contemplado la distinción de las distintas clases de infracciones, es preciso distinguirlas, pues de esta calificación se derivan importantes consecuencias jurídicas, especialmente de cara al inicio del cómputo de la prescripción, pero también para determinar la norma aplicable al caso concreto. Así, la doctrina administrativa, tomando como punto de partida el Derecho Penal, distingue las siguientes clases de infracciones[26]:

- **Infracciones Instantáneas**
  En estos casos, que son los más simples, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce en un momento determinado, en el que la infracción se consuma, sin producir una situación antijurídica duradera. Se trata del supuesto más simple, y no hay problema alguno en afirmar que el plazo prescriptorio se empieza a contar desde el momento en que se consuma la infracción, que es el mismo en que se realiza el (único) acto infractor.

- **Infracciones Instantáneas con Efectos Permanentes (llamadas también Infracciones de Estado)**
  En estos casos, la infracción produce un estado de cosas contrario al ordenamiento jurídico, que se mantiene. Es el caso, por ejemplo, de la instalación de rejas en la vía pública en contra de lo dispuesto por una ordenanza municipal o la construcción sin licencia. En estos casos, aunque los efectos de la conducta infractora sean duraderos y permanezcan en el tiempo, la consumación de ésta es instantánea, por lo que es a partir de este momento en que debe contarse el plazo de prescripción de la infracción. No obstante, es cierto que estas infracciones generalmente exigen un «periodo consumativo», como sucede, por ejemplo, en los casos de construcción sin licencia[27]. Se entiende que en estos casos el plazo prescriptorio empieza a correr desde el momento en que se consuma la infracción, sin importar si los efectos se mantienen en el tiempo.

- **Infracciones Permanentes**
  Son aquellas infracciones en donde el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable. A diferencia del caso anterior, no son los efectos jurídicos de la conducta infractora los que persisten, sino la conducta misma. Es el caso, por ejemplo, de quien opera sin licencia (que sería distinto del tipificado como abrir o construir sin licencia, que se consuma en un momento determinado, luego del cual perduran únicamente sus efectos). En estos casos, se admite que la prescripción se produce desde que cesa la conducta infractora, asimilándose a este supuesto ciertas infracciones por omisión, en donde la conducta infractora (por ejemplo, no entregar determinada información) permanece mientras se mantenga el deber de actuar. Alguna jurisprudencia se refiere a este tipo de infracciones como «continuas»[28], lo que hace especialmente importante distinguirlas de las infracciones «continuadas».

24 DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Prescripción y caducidad…, cit.*, pp. 102 y ss. Entre otros argumentos, sostiene este autor que en derecho penal español la demora o paralización del procedimiento, producida en la fase de recurso contra la sentencia dictada en la instancia, es computable a efectos de prescripción de la infracción penal, por lo que la misma regla debería ser aplicable al Derecho administrativo (pp. 111 y ss.) No obstante, existe una evidente diferencia entre el recurso en el procedimiento administrativo y en el proceso penal, que justifica la diferencia en este caso, pues en el primero se establece el silencio negativo (que habilita a interponer un recurso ante la instancia superior), que falta en el segundo, donde no queda más que esperar la resolución judicial. No obstante, otros autores (como CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Prescripción de infracciones y sanciones", cit., p. 659), reconociendo cuál es la posición jurisprudencial (que, en todo caso, se aprobó con un voto particular firmado por dos magistrados en contra), han entendido también que "es completamente sensato que la negligencia de la Administración a la hora de resolver recursos tiene que tener un límite temporal, que bien puede ser el de prescripción de la infracción tras superarse el plazo teórico de respuesta".

25 En el mismo sentido, en Perú, véase ZEGARRA VALDIVIA, D., "La figura de la prescripción…", cit., p. 213.

26 Tomamos como punto de partida de esta calificación el trabajo de DE PALMA DEL TESO, A., "Las infracciones continuadas…", cit., *passim*. Si bien, como veremos más adelante, existen otras propuestas de calificación, ésta es la que generalmente acepta la doctrina y la jurisprudencia española, basándose en el Derecho Penal.

27 GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador…, cit.*, p. 647.

28 STSE de 24 de octubre de 1998, Repertorio Aranzadi 1998\8849

- **Infracciones Continuadas**
  Se trata de un supuesto importado del Derecho Penal, en donde se realizan diferentes conductas, cada una de las cuales constituye por separado una infracción, pero que se consideran como una única infracción, siempre y cuando formen parte de un proceso unitario. Para entender que estamos ante una infracción de este tipo, que implica una unidad jurídica de acción, debe existir homogeneidad de la norma violada (del bien jurídico lesionado) y del sujeto activo[29], debiendo actuar éste en ejecución de un plan preconcebido (dolo conjunto) o aprovechando idéntica ocasión (dolo continuado). La prescripción se cuenta desde la última actuación constitutiva de infracción, mediante la cual se consumaría esta «unidad de acción». Por ello, ha establecido la jurisprudencia que la norma penal aplicable a la conducta infractora es la que estaba vigente al momento de cometerse la última infracción, pues en este momento se consuma del todo[30].

- **Infracciones Complejas**
  En este caso, "el tipo prevé la realización de varios actos o la comisión de la infracción en distintas fases dirigidas a la consecución de un único fin (…). De modo que la infracción no se consuma hasta que se han realizado todas las acciones previstas en la norma"[31]. En este caso, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que se ha realizado la última acción, que consuma la infracción.

- **Infracción de Hábito**
  Son aquellas en donde la realización de una conducta de forma aislada no constituye una infracción, pero sí lo sería su repetición. En estos casos, se tipifica el incumplimiento reiterado.

No obstante, es preciso reconocer que otros autores han manejado criterios de distinción distintos, lo que puede explicar las diferencias entre sus conclusiones y las nuestras. Señaladamente, es el caso de Alejandro NIETO, para quien deben distinguirse la infracciones continuadas de las permanentes, en las que "una acción u omisión crea[n] una situación antijurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta"[32]; para páginas más adelante definirlas como aquellas en las cuales "se producen, simultanea o sucesivamente, varias acciones distintas (…) pero a las que la ley cubre con un tipo único"[33]. Dejando de lado la contradicción entre ambas afirmaciones, estas últimas infracciones «permanentes» serían las que hemos denominado continuadas, por lo que no está claro si las que denomina continuadas son las que hemos considerado como permanentes. Por su parte, la diferencia entre infracciones continuadas e infracciones permanentes tampoco está muy clara en el trabajo de CABALLERO SÁNCHEZ[34].

3.2. Las Infracciones Continuadas: Requisitos, Justificación y Consecuencias

A. La Justificación de las Infracciones Continuadas y su Relación con la Teoría de los Concursos

De acuerdo a lo explicado en el punto precedente, en el caso de las infracciones continuadas, materialmente existe más de un hecho infractor, lo que nos lleva a los supuestos de concurso de infracciones. En la teoría penal, se distingue entre concurso aparente de normas, concurso ideal de delitos y concurso real de delitos. En el primer caso, una conducta constituye una infracción sancionada por más de una norma, pero la aplicación de una de ellas agota el disvalor de la infracción, pues el fundamento de la sanción sería el mismo. Se trata del ámbito natural de aplicación del principio de *non bis in ídem*, que justamente impide la doble sanción cuando concurra la triple identidad de sujeto, conducta y fundamento.

En el caso del concurso ideal de delitos, también estamos ante una única conducta, que lesiona dos normas diferentes (concurso heterogéneo) o la misma norma varias veces (concurso homogéneo). En estos supuestos, sancionar únicamente por la comisión de uno de los delitos no agotaría el disvalor de la conducta, por lo que generalmente se permite reprimir la conducta con una pena más grave de la que correspondería de no existir el concurso. Así, por ejemplo, de acuerdo al texto vigente del art. 48 de nuestro Código Penal, "Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda excederse de treinta y cinco años".

Por su parte, el concurso real de delitos implica la realización de varios hechos punibles, ya sean homogéneos o heterogéneos, que constituyen infracciones diferentes. En este caso, hay pluralidad de acciones y pluralidad de delitos, que en principio deben ser castigados conjuntamente para agotar el disvalor del injusto. De allí que el vigente art. 50 del Código Penal, modificando la norma original, establezca que en estos casos se sumarán las penas, aunque teniendo como máximo el doble de la pena del delito más grave, no pudiendo excederse de los 35 años.

Dado que en los supuestos considerados como infracción continuada, naturalmente existen varias acciones infractoras, a las que jurídicamente se les da unidad, es claro que se trata de una excepción a la aplicación de las reglas propias del concurso real de infracciones, que por un lado implica un beneficio para

29 En el caso de los delitos continuados, si se trata de delitos que afectan bienes de carácter altamente personal, se requiere además identidad de sujeto pasivo, lo que no se exige para otro tipo de delitos (CHOCÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 250) y, en consecuencia, no sería exigible en el ámbito administrativo.
30 Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, ICA 1998: mientras que en el caso de los delitos permanentes es aplicable la norma vigente al iniciarse la consumación, en los delitos continuados procede aplicar la ley vigente a la terminación del periodo de realización de la conducta criminal. El Tribunal Constitucional ha aplicado la misma regla en las sentencias del 12 de mayo de 2003 (recaída en el Exp. 0901-2003-HC/TC); y del 19 de agosto del 2010 (recaída en el Exp. 00705-2010-HC/TC), en virtud de la aplicación inmediata de la norma penal vigente al momento de la comisión. De acuerdo al Tribunal Constitucional, no se trata de un supuesto de conflicto de normas en el tiempo, por lo que no cabe invocar la aplicación de la norma penal más favorable.
31 DE PALMA DEL TESO, A., "Las infracciones continuadas…", cit., p. 570.
32 NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 529.
33 Ibídem, p. 545. Es más, utiliza este autor como ejemplo de infracción permanente el cobro mensual y reiterado por un colegio de cuotas a los alumnos que sobrepasan los precios autorizados, supuesto generalmente considerado como típico de las infracciones continuadas
34 CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad… cit.*, pp. 429 y ss.

el infractor, pues sólo se le impondrá una sanción pese a haber cometido múltiples infracciones, aunque al mismo tiempo implica alguna desventaja en el cómputo del plazo prescriptorio, que se inicia con el último acto infractor[35]. Se trata de un concurso real, que se equipara teóricamente al concurso ideal homogéneo (una misma conducta que implica múltiples vulneraciones a la misma norma), y que en Derecho peruano recibe un tratamiento incluso más beneficioso que éste, al establecerse como tope de la pena el máximo previsto para el delito.

Esta excepción requiere de un fundamento, que no está en el principio de *non bis in ídem* (aunque en algunos casos puedan llegar a relacionarse ambas figuras), sino que está en el principio de proporcionalidad[36], que lleva a la necesidad de evitar una punición excesiva. En palabras de CHOCÁN MONTALVO, se fundamenta en la "necesidad para aprehender correctamente el injusto realizado y la culpabilidad, de modo que las reglas penológicas previstas para la pluralidad de hechos -concurso real- son insuficientes para comprender el desvalor del conjunto, y (…) debe tratarse de razones vinculadas al tipo en cuestión, sin que sean suficientes a este efecto las meras consideraciones de oportunidad ni las dificultades de prueba ubicadas en el ámbito fáctico"[37].

B. Los Requisitos de la Infracción Continuada

De acuerdo a la jurisprudencia española, que en esto nos puede servir como modelo, los requisitos exigidos para la configuración de una infracción continuada son los siguientes[38]:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 4.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora español (REPEPOS), aprobado por Real Decreto 1398/1993, establece que "será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". Por tanto, en esta norma (aunque se ha discutido la regulación a nivel reglamentario) se habrían consagrado normativamente los requisitos objetivos y subjetivos para que se configure una infracción continuada, aunque sea una regulación insuficiente, en tanto no establece las consecuencias de esta condición.

C. Las Consecuencias Punitivas de la Infracción Continuada: El Agravante por Reiterancia

Como ya se indicado, dos son las consecuencias naturales de una infracción continuada, en tanto se atribuye unidad jurídica a una serie de conductas que independientemente podrían constituir infracciones, por lo que la consumación de la infracción no se produce hasta la última conducta: (1) el plazo de prescripción, de la infracción en conjunto (incluyendo las conductas infractoras más antiguas) empieza a correr desde que se da la última conducta infractora; y (2) se considera aplicable a la infracción la norma vigente cuando ésta se consumó; es decir, la vigente al realizarse la última conducta infractora.

Sin embargo, nada dice la norma sobre las consecuencias punitivas de la infracción continuada. Es casi de sentido común entender que una conducta infractora continuada (es decir, la repetición de sucesivas conductas infractoras distintas, a las que jurídicamente se les reconoce unidad) no puede ser castigada con una sanción igual a la conducta consistente en la realización de una única conducta infractora. Así, para emplear un ejemplo penal, no tendría sentido castigar con la misma pena a quien ha violado una vez a una persona, que a quien lo ha hecho repetidamente durante varios años. Por más que el segundo supuesto deba entenderse como un delito continuado (y no cabe castigar de modo independiente cada una de las violaciones), su pena debería ser mayor que en el primero.

El Código español en este caso establece expresamente que en caso de delito continuado se impondrá la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior (lo que constituye un agravante), pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Por su parte, el Código Penal peruano no establece expresamente agravante alguno, indicando que se sancionará con la pena correspondiente al delito más grave (salvo si existe una pluralidad de personas afectadas, en que sí se aumenta la pena en un tercio de la prevista para el delito más grave). Sin embargo, esto no significa que la continuidad no se valore, pues el art. 46 del Código Penal establece como uno de los criterios a tomar en cuenta para determinar la pena *dentro de los límites* fijados por la ley, la naturaleza de la acción.

35 No obstante, alguna sentencia del Tribunal Supremo Español (STSE de 16 marzo 2010 Repertorio Aranzadi 2010\4392) considera que el objeto de la regulación de las infracciones continuadas es "evitar que, tratándose de un designio unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas". Esto tiene sentido si, como veremos, corresponde agravar la sanción a imponer en el caso de sanciones continuadas por reiteración.

36 ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Capítulo IX. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas. Non bis in ídem", en REBOLLO PUIG M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Lex nova, Valladolid, 2010, p. 382.

37 CHOCÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado…, cit.*, p. 175.

38 STSE de 30 de noviembre del 2004, Repertorio Aranzadi 2005\540.

Por tanto, al no establecer la normativa la consecuencia de la infracción continuada, estos son los parámetros que deben utilizarse para graduar la sanción, que cabe agravar por *reiterancia*, es decir, por la comisión reiterada de una conducta infractora. A diferencia de la reincidencia, la reiterancia no implica la nueva comisión de una infracción ya sancionada, sino la mera realización de varias conductas infractoras, a lo largo del tiempo o simultáneamente. Existen dos casos en donde puede aplicarse este criterio:

(1) el primero es en el caso de las infracciones continuadas, donde una conducta infractora se comete reiteradamente, pero constituye una única infracción (porque hay unidad de acción). Evidentemente, no cabe sancionar por varias infracciones, pero podría utilizarse esto como criterio para graduar la sanción. Este criterio ha sido utilizado por el Tribunal Supremo Español en alguna ocasión. Así, por ejemplo, Mapfre fue sancionada por percepción indebida de ayudas al empleo, por contratar 39 trabajadores en prácticas sin reunir los requisitos establecidos. Sin embargo, no se le sanciona 39 veces, sino una sola, aunque se aprecia la reiterancia como agravante a la hora de sancionar[39].

(2) Un segundo caso, distinto al que nos ocupa, donde puede utilizarse el agravante de reiterancia, sería aquel en donde hay varias infracciones (no hay infracción continuada), que a su vez admite dos posibilidades.

a. La primera, que las infracciones (y los correspondientes procedimientos sancionadores) se sucedan en el tiempo, de modo que se valora como reiterada una infracción previamente cometida (que, sin embargo, no constituye reincidencia, generalmente porque le falta el requisito de firmeza). En este caso, si se quiere utilizar como criterio agravante un hecho infractor previo, éste debe haber sido objeto de una sanción[40]. Se podría discutir si este criterio afecta o no al principio de presunción de inocencia, en tanto no requiere la firmeza de la decisión (o que al menos haya causado estado).

b. La segunda posibilidad sería aquella en donde se cometen varias infracciones simultáneamente, que no constituyan una infracción continuada. En estos casos, hay jurisprudencia que admite la valoración de esta reiteración, pues no sería proporcional sancionar por igual a quien comete un único hecho infractor que a quien lo comete repetidamente[41]. Si se produce una acumulación, en este caso estaríamos ante un concurso real de infracciones, y dice la sentencia citada que no tiene sentido poder usar la reiteración para graduar si se hace en procedimientos sucesivos y no si se hace en uno sólo. Aunque no lo diga el Tribunal Supremo Español, una interpretación distinta constituiría un estímulo negativo para la acumulación.

Por tanto, las infracciones continuadas pueden agravarse por reiterancia, aunque dada la ausencia de regulación expresa en este sentido, no cabría aplicar en España la regla del Código Penal, que permite sancionar incluso por encima del límite máximo establecido para el delito, pues se trataría de una aplicación analógica *in peius*. Por su parte, en el Perú, donde, como veremos más adelante, no están reguladas las infracciones continuadas, no cabría tampoco utilizar la reiterancia para sancionar por encima del límite establecido para la infracción más grave, dado que ni el Código Penal lo permite.

D. Las Consecuencias Procesales de la Infracción Continuada: ¿Cuándo se rompe la Unidad Jurídica de Conducta?

Ya desde la perspectiva procesal, cuando una infracción es continuada, no cabe iniciar distintos procedimientos sancionadores para cada uno de los hechos infractores. Si así se hiciera, excluyendo alguno de ellos de la infracción continuada, se estaría afectando el principio de non bis in ídem, en tanto se habría impuesto dos sanciones por una única infracción continuada[42]. Es decir, si bien el principio de *non bis in ídem* no es lo que justifica que una serie de hechos infractores se consideren como una infracción continuada, una vez apreciada la unidad jurídica de aquellos, sancionar alguno de forma independiente afectaría el *non bis in ídem*, si se da la triple identidad que éste proscribe.

Si no cabe iniciar distintos procedimientos sancionadores en los supuestos de infracción continuada, tiene especial interés determinar hasta cuándo existe la unidad jurídica entre las sucesivas infracciones. En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO cita las posiciones de quienes sostienen que este momento debe ser la acusación o la querella, pues "el Tribunal no podrá recoger en la sentencia hechos que hayan acontecido después de ese momento preclusivo, aunque sean conocidos, constituyendo una nueva unidad delictiva, formándose con ella objeto procesal autónomo"[43]. Según el mismo autor, la posición mayoritaria entiende que la sentencia rompe el nexo de continuidad (de modo que puede castigarse por los hechos posteriores a ella, ya que de otro modo se daría patente de corso al condenado para volver a delinquir impunemente[44]), aunque no falta quienes entienden que esa ruptura debe producirse por el mismo juicio, e incluso desde el acto de procesamiento, o al menos desde el momento en queda trabada la relación jurídico procesal, con la finalidad de evitar que queden impunes las acciones

39 STSE 6 noviembre 2001, Repertorio Jurídico Aranzadi 2002\1762. Sobre esta sentencia, véase ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Capítulo IX…", cit., p. 385. Es interesante en esta sentencia que consideran a la reiterancia como un agravante que puede utilizarse incluso si la ley no lo establece como tal.

40 STSE de 13 mayo 1986, Repertorio Aranzadi 1986/4582

41 STSE de 3 de diciembre de 2008, Repertorio Aranzadi 2009/205

42 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 48/2007, de 12 de marzo.

43 CORTEZ DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, pp. 135 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, Tomo I, 1947, p. 310; PIETRO CASTRO. L., y GUTIERREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, 4ª edición, 1989, pp. 127 y 128; citados por CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, cit., pp. 412 y 422.

44 Ibídem, p. 424.

realizadas entre estos momentos y la sentencia firme[45]. Esto sería necesario en la medida que la cosa juzgada impide iniciar un nuevo proceso sobre los hechos comprendidos entre el primer acto infractor y el último de la unidad jurídica, aún cuando fueran descubiertos con posterioridad. Por su parte, el propio CHOCLÁN MONTALVO propone limitar la unidad de acción al periodo declarado en la propia sentencia durante el cual se extendió la serie continuada de acciones, de modo que si se producen nuevas infracciones posteriores, no hay ninguna limitación para iniciar un nuevo proceso y castigarlas[46], sin que eso constituya una vulneración del *non bis in ídem*.

"Si se ha roto la unidad jurídica de la infracción continuada, ¿se puede iniciar entonces un nuevo proceso, por las nuevas infracciones? Sí, aunque será preciso determinar a partir de qué momento se entiende que se ha producido dicha ruptura."

Si se ha roto la unidad jurídica de la infracción continuada, ¿se puede iniciar entonces un nuevo proceso, por las nuevas infracciones? Sí, aunque será preciso determinar a partir de qué momento se entiende que se ha producido dicha ruptura. Al respecto, el primer párrafo del art. 4.6 del REPEPOS establece que "no se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista en forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo". Debe indicarse que de acuerdo al art. 21 del REPEPOS, tienen carácter ejecutivo las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa y las que no, al transcurrir el plazo de recurso sin que éste se interponga.

¿Cabe entender que esta norma pretende establecer el momento a partir del cual se rompe la unidad de acción? Si bien no se refieren a esta cuestión directamente, abogan a favor de esta interpretación algunas Sentencias del Tribunal Supremo Español, que a efectos de determinar el inicio del plazo de prescripción, entienden que éste no habría empezado a correr si durante el procedimiento sancionador seguían realizándose las infracciones sancionadas, lo que significaría que no se habría roto todavía la unidad jurídica propia de las infracciones continuadas[47]. No obstante, debe indicarse que este criterio ha sido utilizado no para entender que una infracción es continuada y, por tanto, no sancionar a un administrado por varios hechos infractores vinculados, sino para ampliar el plazo prescriptorio, en contra de él.

Por su parte, otros autores sostienen que el primer párrafo del REPEPOS sería aplicable a las infracciones permanentes y no a las infracciones continuadas[48]. En este caso, la idea sería impedir que se inicie un procedimiento diario por una infracción permanente, en la cual el administrado se mantiene en tanto no cese su conducta. Entender que mientras no sea ejecutiva la resolución del procedimiento sancionador no se rompe la unidad jurídica de la infracción continuada sólo tendría sentido cuando las conductas infractoras realizadas una vez iniciado el procedimiento formen parte de la imputación y puedan ser valoradas al momento de determinar la sanción, pues de lo contrario se le estaría reconociendo al administrado una especie de derecho a seguir realizando nuevas conductas infractoras, que de no formar parte de una infracción continuada serían sancionables por sí mismas. Por tanto, si el procedimiento se inicia respecto de las infracciones cometidas hasta determinado momento, debería entenderse que sí es posible iniciar un nuevo procedimiento para sancionar aquellas que no están incluidas, pues de lo contrario no estaríamos ante un supuesto de exceso de punición, sino de falta de ella.

3.3. La Regulación en el Derecho Peruano: lo que dice y, sobre todo, lo que no dice, la LPAG

Son cuatro las normas de la LPAG que tienen interés de cara al caso que nos ocupa. En primer lugar, el art. 230.3.c), según el cual debe tomarse en cuenta de cara a la graduación de las sanciones "*la repetición y/o continuidad en la comisión* de la infracción". El art. 233.2 LPAG establece que "el cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de las infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada". El art. 230.10 LPAG, modificado por el Decreto legislativo 1029 establece que la prohibición del *bis in ídem* se extiende también a las sanciones administrativas, *salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7*. Finalmente, el art. 230.7 LPAG establece lo siguiente:

"7. **Continuación de infracciones.-** Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

a. Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo

45 ANTÓN ONECA, J., "Delito continuado", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Barcelona, 1954, p. 464; y DÍAZ PALOS, F., "Delito continuado", en *Comentarios a la legislación penal (la reforma del Código Penal de 1983)*, Tomo V, Volumen I, 1985, p. 481; citados por CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El delito continuado*, cit., pp. 429.
46 *Ibídem*, p. 428.
47 Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo Español de 26 enero 1996 (Repertorio Aranzadi 1996\456); de 18 abril 1997 (Repertorio Aranzadi 1997\3329); de 21 abril 1997 (Repertorio Aranzadi 1997\3336); y de de 22 octubre 1997 (Repertorio Aranzadi 1997\7542).
48 ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Capítulo IX…", p. 382.

contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

b. Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.

c. Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.”

Por tanto, la norma hace referencia a la repetición y/o *continuidad en la comisión de la infracción a efectos de graduar la sanción, a la acción continuada que debe cesar* para el inicio del plazo prescriptorio, a las infracciones en que el administrado incurra de forma continua, por las cuales solo cabe imponer una nueva sanción cuando hayan transcurrido 30 días hábiles desde que fue impuesta la última sanción, y a la prohibición, dirigida a las entidades, de *atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva* en los tres supuestos indicados por la norma. Una regulación como ésta, plagada de términos equívocos y de la extraña conjunción “y/o” es necesariamente confusa, por lo que es necesaria su interpretación.

En primer lugar, tenemos el art. 233.2 LPAG, que regula la prescripción de la infracción. Textualmente se refiere a una acción continuada, pero eso no significa que se regule un supuesto de infracción continuada, pues en ese caso no tendría sentido que estableciera como plazo para iniciar la cuenta el momento en que la infracción *cesó*; es decir, desde el momento en que una acción infractora que se venía realizando deja de realizarse. En realidad, como se ha argumentado en otros supuestos de regulaciones similares[49], la norma se refiere a las infracciones permanentes, que son aquellas que propiamente pueden *cesar*. En el caso de las infracciones continuadas, la prescripción no se cuenta desde que la conducta cesa (porque no es permanente), sino desde que se realiza la última infracción.

Por su parte, el art. 230.7 LPAG es realmente mucho más difícil de interpretar, porque su redacción es muy confusa. Por un lado, establece que sólo se podrán sancionar (se entiende que nuevamente) infracciones en las que el administrado *incurra de forma continua* cuando hayan pasado 30 días desde la fecha de la imposición de la última sanción, y se acredite haberle solicitado que demuestre *haber cesado* la infracción. Al igual que en el caso del art. 233.2 LPAG, se refiere al cese de la infracción, lo que tiene sentido sólo en el caso de las infracciones permanentes. Además, salvo en el supuesto de las estas últimas, donde podría justificarse en la necesidad del administrado de ajustar su conducta a lo dispuesto por la resolución sancionadora, en otros casos no tiene sentido impedir que se sancionen durante 30 días la comisión de nuevas infracciones (no sancionadas previamente), pues esto implicaría concederle una especie de patente de corso al infractor para que realiza cuantos hechos infractores pueda durante ese plazo, sabiendo que no tendrá castigo alguno[50]. Debe resaltarse que este plazo es incluso mayor al plazo de recurso, por lo que sería posible que la sanción sea firme, pero que no pueda sancionarse la realización de un nuevo hecho infractor. Por tanto, debe entenderse que el primer párrafo del art. 230.7 LPAG regula las condiciones para poder sancionar *nuevamente* (por reincidencia, se entiende) una infracción permanente (o continua, como lo decía la citada Tribunal Supremo Español de 24 de octubre de 1998, Repertorio Aranzadi 1998\8849), pero no se refiere a las infracciones continuadas, respecto a las cuales no tendría sentido.

Por otro lado, el segundo párrafo del art. 230.7 LPAG regula los límites que tienen las entidades para poder *atribuir* el supuesto de continuidad: (1) cuando esté en trámite un recurso; (2) cuando el recurso interpuesto no hubiera recaído en acto firme; y (3) cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación del ordenamiento. Las incongruencias de esta norma con evidentes, pues ¿en qué casos puede recaer un recurso en acto firme, si contra éstos no procede recurso? Se establecen los requisitos para que la entidad atribuya el supuesto de continuidad, que no sería una infracción continuada, sino el criterio de graduación establecido en el art. 230.3.c), como “repetición y/o continuidad”, que no sería otra cosa que la reincidencia. Es decir, para poder graduar una infracción de acuerdo a este criterio, no debe estar impugnada y la infracción original debe seguir estando tipificada, pues de otro modo no podría ser utilizada para determinar si hay reincidencia, como criterio de graduación de la sanción[51]. Adicionalmente, si se trata de una infracción permanente, el administrado tiene 30 días para cesar en la conducta infractora, y sólo después de ese plazo y siempre que se le haya pedido que acredite dicho cese, es posible sancionarlo nuevamente. Sólo si se cumplen estos requisitos se puede imponer una nueva sanción sin que eso implique una vulneración al principio de *non bis in ídem* (art. 230.10 LPAG).

Además, la regulación de los concursos en la LPAG tampoco es muy detallada, y nada dice sobre las infracciones continuadas. El art. 230.6 LPAG establece que “cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de

49 Así, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES (*Derecho administrativo sancionador…*, *cit*., p. 653) entienden que un supuesto en donde se hace referencia a la finalización de la actividad continuada se refiere más bien a una infracción permanente que a una continuada. Como indica PALMA DEL TESO (“Las infracciones continuadas…”, cit., p. 563), cuando se trata de infracciones continuadas, la correcta forma de indicar el inicio del plazo de prescripción es indicar que éste comenzará a correr cuando se hubiera cometido la última infracción.

50 Puede mostrarse lo absurdo de esta conclusión a través de un ejemplo extraído de la jurisprudencia del INDECOPI. Mediante la Resolución 1415-2006/TDC-INDECOPI, se impuso una multa de 37 UITs a GESUR S.A., porque se constató que incurría en conductas discriminatorias en su local. Esta resolución fue notificada a GESUR el 6 de octubre de 2006, y el 31 de octubre del mismo año, ante una nueva conducta discriminatoria, INDECOPI inicia un segundo procedimiento sancionador, que culmina con la imposición de una multa de 70 UITs, agravada por reincidencia. De entenderse que el art. 230.7 LPAG prohíbe que se inicien nuevos procedimientos sancionadores en estos casos en los 30 días siguientes a la imposición de la sanción, GESUR hubiera podido discriminar impunemente hasta entonces, y la multa del INDECOPI sería nula.

51 A modo de ejemplo, puede ponerse el caso de los límites de inversión de las AFP, que varían constantemente. Si, por ejemplo, en un momento dado el límite de inversión en el extranjero es de 3% del valor del fondo, y se invierte el 3.5%, se habría cometido una infracción. Si una vez sancionada ésta, el límite sube al 4%, y se sobrepasa, invirtiendo el 4.2%, no podría usarse la primera infracción para considerar que la AFP es reincidente, pues ya no se trata de una conducta sancionable.

que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes". Esta norma es aplicable a los concursos ideales de infracciones (una misma conducta, dos infracciones con distinto fundamento), y, dado que en su redacción original esta norma únicamente regulaba el *non bis in ídem* entre sanciones administrativas y penales, también se aplicaba a los concursos aparentes de normas administrativas: si una misma conducta vulneraba dos normas con idéntico fundamento, se sancionaba por la más grave. Sin embardo, el Decreto Legislativo 1029 ha modificado la LPAG, introduciendo el *non bis in ídem* en sede administrativa, lo que puede llevarnos a un problema, pues esto significa que está prohibido sancionar a un sujeto por la misma conducta con idéntico fundamento; pero, *a contrario sensu*, significaría que sí sería posible sancionarlo dos veces cuando el fundamento sea distinto, lo que implicaría dejar sin efecto lo dispuesto por el citado art. 230.6 LPAG. Al respecto, pese a la redacción del actual art. 230.10 LPAG, somos de la opinión que debe seguir aplicándose la norma de concursos, pues si el fundamento de las infracciones es diferente, se trataría de un concurso ideal, justamente el supuesto regulado en aquélla. Por tanto, en este aspecto la modificación de la LPAG ha sido superflua.

En conclusión, pese a emplear términos como continuidad, acción continuada o infracciones en las que el administrado incurra de forma continua, la LPAG no regula las infracciones continuadas, sino únicamente las infracciones permanentes (y los requisitos para poder sancionar por reincidencia). Sin embargo, esto no significa que no existan las infracciones permanentes en el Derecho Administrativo Sancionador, pues éstas, como medio para evitar el exceso de punición en los supuestos en que diversos hechos infractores tengan unidad jurídica, se podrían alegar en aplicación analógica *in meius* de lo dispuesto por el Derecho Penal, aunque cabría graduar (dentro de los márgenes permitidos por la norma, no más allá de ellos) la sanción aplicando el criterio de la reiterancia (en lugar de la naturaleza de la acción, prevista en el Derecho Penal). No obstante, no les sería aplicable lo dispuesto por el art. 230.7 LPAG, que regula un supuesto distinto